

# LETTRE D'INFORMATION

## DISTRIBUTION - CONCURRENCE

N° 60 – Décembre 2011 – Janvier 2012

### DOSSIER

#### **Pratiques restrictives de concurrence : synthèse des rapports de la DGCCRF et de la Faculté de droit de Montpellier sur la jurisprudence de l'année 2010**

Depuis la loi Dutreil du 2 août 2005, la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) élabore chaque année un rapport transmis au Gouvernement et au Parlement portant sur le contentieux judiciaire en matière de pratiques restrictives de concurrence (Titre IV du Livre IV du Code de commerce).

Celui-ci est établi sur la base du bilan réalisé par l'Administration (DGCCRF), qui présente l'ensemble des décisions rendues dans l'année à la suite de poursuites engagées à l'initiative du ministre de l'Économie, et de celui de la Faculté de droit de Montpellier qui, à partir de nombreuses décisions publiées ou souvent inédites, apporte un éclairage sur l'application de la réglementation dans le cadre de contentieux initiés par les opérateurs économiques.

Les bilans pour 2010 rendent compte d'un ralentissement général de l'action de l'Administration en matière de contrôle, ce qui confirme les conclusions tirées des bilans précédents, mais apparaît cependant surprenant compte tenu de la mise en place en 2009 d'une « brigade de contrôle » de la DGCCRF. L'Administration impute, pour partie, le ralentissement aux « *questions prioritaires de constitutionnalité déposées sur les articles L. 442-6, I, 2° et III du Code de commerce et les sursis à statuer qui en ont découlé* ».

Deux constats méritent plus particulièrement d'être faits quant à l'action de l'Administration : l'un porte sur le recours toujours plus important à la procédure de transaction en matière pénale ; l'autre sur le très faible nombre d'interventions volontaires du ministre de l'Économie en matière civile et commerciale.

Quant au bilan des décisions prises dans le cadre de contentieux initiés par les opérateurs économiques, il en ressort une disproportion « *de plus en plus marquée* » entre la forte application de l'article L. 442-6, I, 5° sanctionnant la rupture brutale de relations commerciales établies (cf. Lettres d'information n° 48 et 54) et la faible application des autres dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce, bien que certaines d'entre elles jusque-là inappliquées commencent à faire l'objet de contentieux, en particulier les articles L. 442-6, I, 2° C. com. et L. 442-6, I, 7° C. com., qui sanctionnent respectivement la soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties et la soumission à des conditions de règlement manifestement abusives.

Il en ressort également une « *homogénéité de la jurisprudence dans l'application des dispositions du Titre IV du Livre IV du Code de commerce* ». Les décisions recensées en 2010 retiennent de manière générale la même interprétation des dispositifs régissant l'établissement et le développement des relations entre fournisseurs et distributeurs. Cela concerne essentiellement la formalisation des relations, avec : l'offre – point de départ de la négociation avec les conditions générales, la conclusion – résultat de la négociation avec la convention récapitulative et l'exécution – résultat de l'opération avec la facturation.



## EN BREF

### Concurrence européenne : programme de la DG concurrence pour 2012

*Discours de Joaquim Almunia, Parlement européen, 22 novembre 2011*

Joaquim Almunia, commissaire européen, a déclaré qu'il proposerait en 2012 à la Commission une initiative visant à supprimer les obstacles majeurs au développement des actions en indemnisation devant les juridictions nationales afin d'affirmer le droit à réparation des particuliers et des entreprises pour les dommages causés par les violations du droit européen de la concurrence, tout en ménageant les intérêts des acteurs économiques grâce à une intervention législative pour protéger les programmes de clémence. La Commission décidera en outre des suites à donner à la consultation publique lancée l'année dernière sur les actions collectives.

### Code de bonne conduite en matière de management par catégorie

*CEPC, Recommandation n°11-01, 28 septembre 2011*

La CEPC a publié un code de bonne conduite en matière de management catégoriel (MC), défini comme «*le fait d'organiser et gérer la distribution d'une catégorie de produits comme une unité d'analyse stratégique*», s'attachant tout d'abord à distinguer plusieurs types de management catégoriel selon le rôle dévolu au «*capitaine de catégorie*», puis à dégager des principes communs (transparence, gestion de l'information, respect des droits de propriété intellectuelle, absence de délégation de pouvoir, etc.) et spécifiques à chaque type de MC.

Cette formalisation, grâce aux conditions générales, «*socle de la négociation commerciale*», étant révélatrice des abus sanctionnables (avantages sans contrepartie L. 442-6, I, 1° ; avantages manifestement disproportionnés L. 442-6, I, 1° ; déséquilibre significatif L. 442-6, I, 2°).

## ACTUALITES

### Action du ministre sur le fondement du déséquilibre significatif : deux nouvelles décisions sanctionnant des distributeurs

*Tribunal de commerce de Paris, 22 novembre 2011, RG n° 2011058173*

*Tribunal de commerce de Meaux, 6 décembre 2011, RG n° 2009/03295*

Dans une première affaire, des fournisseurs avaient signé des engagements de ne pas faire valoir les droits qui leur seraient ouverts par une décision de justice condamnant un distributeur à leur restituer des sommes perçues ne correspondant à aucun service rendu. Les juges relèvent que «*ces courriers présentent des similitudes de rédaction telles qu'il est fort difficile de croire à une initiative spontanée des fournisseurs*», que «*l'ultime démarche tentée par [le distributeur] durant la période de renégociation des contrats avec les fournisseurs pour l'année suivante s'interprète comme l'exercice de pressions abusives sur ces derniers pour tenter de les soumettre à une obligation de restitution des sommes qu'ils ont récupérées via le Trésor Public*» et que cette attitude «*constitue une tentative de soumettre, à son profit, les fournisseurs à un déséquilibre significatif*». Le distributeur est notamment condamné à «*porter les faits à la connaissance du monde économique*» en publiant le jugement dans les grands quotidiens nationaux ainsi que sur son site internet.

Dans une seconde affaire, les juges estiment que crée «*nécessairement un déséquilibre significatif*» la clause d'une convention marque nationale distributeur autorisant «*la résiliation totale ou partielle de la convention en cas de manquement à l'une des obligations stipulées*», parmi lesquelles «*la sous-performance du produit par rapport aux objectifs fixés d'un commun accord entre les parties et/ou aux résultats annoncés par le fournisseur*», dès lors que «*la sous-performance d'un produit est directement fonction des conditions dans lesquelles le distributeur le présente à la vente*» et que «*la clause ainsi rédigée apparaît purement potestative*»; et condamnent la clause prévoyant que les services rendus par le distributeur «*ne seront pas facturés au fil de leur réalisation mais suivant un calendrier d'acomptes en fonction du budget global convenu*» comme contraire à l'article L. 442-6, I, 2° car le distributeur «*ne justifie pas de la substance des prestations et du calendrier de leur réalisation*» et «*n'est pas fondé à facturer ses prestations avant même leur réalisation quand ses achats sont payés après réception des marchandises*».

### Rupture brutale : l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispense pas le juge d'apprécier la durée du préavis en fonction des circonstances de l'espèce

*Cour de cassation, chambre commerciale, 2 novembre 2011, pourvoi n° 10-25.323*

Une entreprise, qui avait été condamnée par une cour d'appel en réparation du préjudice causé par la brutalité de la rupture d'une relation commerciale, contestait l'appréciation judiciaire de la durée du préavis alors que celle-ci était fixée dans un accord interprofessionnel auquel le juge ne pouvait, selon elle, déroger.

La Cour de cassation rejette son pourvoi aux motifs que «*l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par cet accord, tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce, notamment de l'état de dépendance économique de l'entreprise évincée*».

## EN BREF

### Enquête de la DGCCRF sur les réductions de prix pratiquées sur internet

Réponse ministérielle n°114 370, JOAN 20 septembre 2011

La DGCCRF a mis en place fin 2009 une structure permettant de contrôler de manière plus efficiente les sites de vente à distance : le Service national des enquêtes (SNE) est chargé des enquêtes d'importance nationale, dont celles concernant le e-commerce. Désormais, les contrôles sur Internet sont réalisés en permanence par 70 enquêteurs de la DGCCRF. En 2011, la vérification des réductions de prix sur Internet fait l'objet d'une enquête spécifique dans le cadre de la directive nationale d'orientation des contrôles.

### L'Autorité de la concurrence se dote d'un « conseiller clémence »

Autorité de la concurrence, communiqué du 4 octobre 2011

Un « conseiller clémence » participera aux auditions des entreprises, conseillera les rapporteurs en charge d'un dossier de clémence et coopérera avec les autres autorités de concurrence.

### Rupture brutale : point de départ du délai de préavis à l'occasion de la mise en œuvre d'une procédure d'appel d'offres

Cour de cassation, chambre commerciale, 2 novembre 2011, pourvoi n° 10-26.656

Une entreprise avait décidé de recourir à un appel d'offres. Condamnée au paiement de dommages-intérêts pour rupture brutale par son partenaire commercial historique, l'entreprise s'était pourvue en cassation en contestant, premièrement, l'existence d'une relation établie et, deuxièmement, le point de départ du délai de préavis qui aurait dû tenir compte de la notification de la décision de recourir à un appel d'offres.

La Cour de cassation confirme, tout d'abord, l'existence d'une relation établie en estimant que « *la relation commerciale [...] s'était poursuivie de façon ininterrompue avec les sociétés [...]; [...] ces constatations [...] font ressortir que la relation commerciale entre les parties revêtait avant la rupture un caractère suivi, stable et habituel et que la société [évincée] pouvait raisonnablement escompter pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* ». Elle conteste cependant le point de départ du délai de préavis, en relevant que la cour d'appel aurait dû rechercher si l'auteur de la rupture « *n'avait pas, en notifiant [à la victime] son intention de recourir à une procédure d'appel d'offres, manifesté son intention de rupture et, ainsi, fait courir un préavis dont la durée devait s'imputer sur celle du préavis jugé nécessaire* ».

### L'action du ministre pour pratiques restrictives de concurrence est de nature délictuelle

Cour de cassation, chambre commerciale, 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-28.005

Le Ministre de l'Économie avait engagé une action contre un grand distributeur pour faire constater l'illicéité de pratiques restrictives de concurrence, faire annuler les contrats qu'il avait conclus, faire cesser ses pratiques abusives et obtenir le paiement d'une amende civile. Condamné, le grand distributeur contestait la compétence territoriale des premiers juges.

La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel en relevant « *que si les pratiques restrictives de concurrence sont généralement constatées à l'occasion de relations commerciales fondées sur un contrat, c'est au travers de l'exécution du contrat, le comportement d'un opérateur économique ayant une pratique injustifiée au regard du jeu normal de la concurrence qui est sanctionné par l'action ouverte par l'article L. 442-6 du code de commerce* » et que « *l'action autonome du ministre aux fins de cessation de ces pratiques et aux fins d'annulation des contrats qui en sont le support revêt la nature d'une action quasi-délictuelle* », dès lors, le Ministre peut former sa demande à son choix « *devant la juridiction du domicile du défendeur, celle du lieu du fait dommageable ou celle du lieu dans le ressort de laquelle le dommage a été subi* ».

### Conditions de l'action en répétition de l'indu du Ministre de l'Économie

Cour de cassation, chambre commerciale, 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-15.296

Le Ministre de l'Économie avait poursuivi plusieurs grands distributeurs en répétition de l'indu et au paiement d'une amende civile, mais avait été débouté de son action au motif que l'avantage perçu par le distributeur ne s'était concrétisé par aucun mouvement de fonds en sa faveur.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel, considérant que « *l'action en répétition de l'indu exercée sur le fondement [des articles L.442-6, I, 1° et L.442-6, III] suppose seulement la constatation d'un avantage indu reçu par le distributeur du fournisseur ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu par le distributeur au fournisseur ou manifestement disproportionné au regard du service rendu* ».

## EN BREF

### Indices des prix à la consommation dans les grands pays de l'OCDE : méthodologie et évolution comparées

DGCCRF, éco n°1, nov. 2011,  
<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/publications/economiques/dgccrf-eco>

La DGCCRF présente le concept d'indice des prix à la consommation, établit une classification des méthodologies dans les grands pays de l'OCDE (France, Allemagne, Italie, Royaume-Uni, Espagne, États-Unis et Canada) et analyse les évolutions comparées de ces indices dans ces pays et en particulier dans ceux de la zone euro, sur une période récente.

### Les directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE et DIECCTE) disposent d'un portail internet

DGCCRF, 29 novembre 2011,  
<http://direccte.gouv.fr/>

Créées en 2010, les Direccte regroupent des services administratifs issus de divers horizons : commerce extérieur, tourisme, commerce et artisanat, intelligence économique, industrie, travail et emploi, concurrence et consommation. Sept régions ont ouvert leur site sur ce portail. Les autres suivront le 14 décembre.

### Ententes : caractérisation, imputabilité et montant des amendes applicables aux groupes de sociétés

Autorité de la concurrence, 5 octobre 2011, décision 11-D-13

Tribunal de l'Union européenne, 16 novembre 2011, affaire T-72/06

Dans une première affaire, l'Autorité rappelle que « l'existence d'une réunion de concertation entre concurrents suffit pour établir une pratique anticoncurrentielle même si elle n'a pas été suivie d'effets » et fait usage de la présomption d'imputabilité à la société-mère du comportement de la filiale détenue en totalité ou en quasi-totalité « même lorsqu'elle fait application des seules dispositions de droit interne ».

Dans une seconde affaire, le Tribunal de l'Union européenne décide que le chiffre d'affaires consolidé du groupe à prendre en considération pour calculer l'amende inclut le chiffre d'affaires de toutes les filiales, qu'elles soient ou non autonomes.

### Précisions procédurales en matière de pratiques anticoncurrentielles

Tribunal de commerce de Paris, 8 novembre 2011, RG n° 2010073867

Cour d'appel de Paris, 25 octobre 2011, RG n° 09/14462

Cour de cassation, 19 octobre 2011, pourvoi n° 10-85.269

Dans une première affaire, le défendeur à l'action en réparation exercée par la victime de pratiques anticoncurrentielles produisait devant le tribunal de commerce des pièces du dossier d'instruction de l'Autorité de la concurrence. Le tribunal rejette toute violation du secret de l'instruction (art. L. 463-6 C. com.) aux motifs que « la production de ces pièces ne saurait constituer une divulgation parce qu'elles sont connues par les parties » et « nécessaires à l'exercice des droits de la défense ».

Dans une seconde affaire, une entreprise contestait la saisie globale de ses messageries informatiques. Elle est déboutée par une cour d'appel qui relève, d'une part, qu'« en l'état des techniques informatiques et au regard des contraintes inhérentes à la procédure de visite et saisie, les messageries électroniques professionnelles ne peuvent être saisies que dans leur globalité, dès lors qu'elles contiennent des éléments pour partie utiles à la preuve des agissements présumés » ; d'autre part, que la saisie de messageries contenant des correspondances avocats-clients ne résulte pas d'une « recherche délibérée » ou de la « mise en œuvre de procédés déloyaux » de la part des agents de l'Administration.

Dans une troisième affaire, la Cour de cassation décide que le juge peut autoriser des opérations de visites et saisies en se fondant sur des déclarations anonymes « dès lors qu'elles lui sont soumises au moyen de documents établis et signés par les agents de l'administration, permettant d'en apprécier la teneur et corroborées par d'autres éléments d'information ».

### Erreur du franchisé sur les qualités substantielles de l'entreprise du franchiseur et conséquence de la nullité du contrat de franchise

Cour de cassation, chambre commerciale, 4 octobre 2011, pourvoi n° 10-20.956

Cour de cassation, chambre commerciale, 18 octobre 2011, pourvoi n° 10-23.524

Dans une première affaire, le liquidateur d'un franchisé placé en liquidation judiciaire qui soulevait l'insuffisance de l'information précontractuelle demandait la nullité du contrat de franchise. La Cour de cassation censure une cour d'appel qui l'avait débouté au motif, notamment, que le franchisé « était un professionnel averti du commerce qui avait exercé pendant plus de vingt ans dans le domaine de la grande distribution ». Selon la Cour de cassation, dès lors que la cour d'appel avait « constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs

*aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire », elle aurait dû « rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur sur les qualités substantielles de l'entreprise ».*

Dans une seconde affaire, un franchisé ayant obtenu l'annulation du contrat de franchise pour manquement du franchiseur à son obligation d'information précontractuelle demandait réparation de son préjudice financier correspondant à la non-réalisation des résultats commerciaux attendus. La Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir relevé que « *le contrat de franchise annulé étant censé ne jamais avoir existé, [le franchisé] ne peut utilement, sauf à méconnaître les conséquences mêmes de la nullité prononcée, réclamer l'allocation d'un [tel] préjudice financier* ».

### **Le défaut d'informations relatives aux logiciels pré-installés d'un ordinateur constitue une pratique commerciale trompeuse**

*Cour de cassation, première chambre civile, 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-10.800*

La Cour de cassation considère, au visa de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, que les « *informations relatives aux caractéristiques principales d'un ordinateur équipé de logiciels d'exploitation et d'application sont de celles que le vendeur professionnel doit [fournir] au consommateur moyen pour lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause* ».

Retrouvez la lettre d'information Distribution - Concurrence sur notre site [www.fidal.fr](http://www.fidal.fr)

**FIDAL** – Société d'avocats  
Société d'exercice libéral  
par actions simplifiée à directoire et  
conseil de surveillance

Capital : 6 000 000 Euros  
525 031 522 RCS Nanterre  
TVA Union Européenne  
FR 42 525 031 522 – NAF 6910Z

Siège social : 12, bd du Général Leclerc  
92200 Neuilly-sur-Seine France  
Tél : 01 47 38 54 00  
[www.fidal.fr](http://www.fidal.fr) Barreau des Hauts-de-Seine

© FIDAL 2011

